

University of Groningen

Fideicommissaire schulden uit giften en uiterste wilsbeschikkingen

Brinkman, R. E.

Published in:
 Tijdschrift Erfrecht

DOI:
[10.5553/TE/187416812019020003002](https://doi.org/10.5553/TE/187416812019020003002)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Brinkman, R. E. (2019). Fideicommissaire schulden uit giften en uiterste wilsbeschikkingen. *Tijdschrift Erfrecht*, 2019(3), 55-59. <https://doi.org/10.5553/TE/187416812019020003002>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Artikel

Fideicommissaire schulden uit giften en uiterste wilsbeschikkingen

Mr. dr. R.E. Brinkman*

1 Inleiding

Recent ging ik in dit tijdschrift in¹ op hetgeen mij bij herlezing van het zogenaamde Boerenplaatsje-arrest² opviel. In het onderstaande wordt ingegaan op nog een ander aspect dat kan spelen bij een zogenaamde ‘Boerenplaatsje-clausule’. De vraag komt namelijk op of de insteller de bezwaarde ook de mogelijkheid kan geven om zo over het fideicommissaire vermogen te beschikken, dat de bezwaarde giften of legaten (dus ‘schulden’) ten laste van het fideicommissaire vermogen kan laten komen. Het artikel wordt opgebouwd door allereerst in paragraaf 2 de hiervoor bedoelde ‘Boerenplaatsje-clausule’ te bespreken. Daarbij zal een onderscheid worden gemaakt tussen beschikkingen ‘bij uiterste wil’ en ‘bij gift’. In paragraaf 3 ga ik in op de mogelijkheid om een schuld uit een gift te creëren die ten laste van het fideicommissaire vermogen komt. In para-

graaf 4 wordt de schuld uit het legaat behandeld. Tot slot wordt de balans opgemaakt in paragraaf 5.

2 Boerenplaatsje-clausule

In het Boerenplaatsje-arrest verleende de insteller de bezwaarde de bevoegdheid om bij testament over het ‘boerenplaatsje’ (een onroerende zaak) te beschikken. Het boerenplaatsje maakte onderdeel uit van de nalatenschap van de insteller. In vorenbedoeld artikel³ kwam ik – in navolging van de Hoge Raad – tot de conclusie dat de betreffende fideicommissaire making zelf onderworpen was aan een voorwaarde (te weten die van het beschikken over het ‘boerenplaatsje’ bij uiterste wil). Toen de bezwaarde, in de casus van het arrest, inderdaad bij uiterste wil over het boerenplaatsje beschikte, had dat tot gevolg dat de fideicommissaire voorwaarde niet langer op de onroerende zaak rustte en de verwachter daarmee zijn voorwaardelijke (goederenrechtelijke) aanspraak teniet zag gaan. Het boerenplaatsje behoorde met andere woorden tot het eigen vermogen/de eigen nalatenschap van de (voormalig) bezwaarde.

Mijns inziens geldt voor de mogelijkheid om over fideicommissaire goederen te beschikken ‘bij gift’ hetzelfde (art. 4:138 lid 2 jo. art. 3:215 lid 1 en 3 van het Burgerlijk Wetboek (BW)). Als de insteller die bevoegdheid aan de bezwaarde verleent en de bezwaarde – binnen de door de wet of de insteller gestelde grenzen – over het betreffende goed beschikt, beschikt hij dus over (of ‘vanuit’) zijn eigen (onvoorwaardelijke) vermogen (omdat de aanspraak van de verwachter – met het verichten van de gift – vervalt).

55

* Mr. dr. R.E. Brinkman is notaris te Hardenberg, docent aan de Rijksuniversiteit Groningen en raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

1. R.E. Brinkman, Boerenplaatsje revisited, TE 2019/2, p. 39-42.

2. HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8282, NJ 2004/487 m.nt. Kleijn. Zie daarover ook T.J. Mellema-Kranenburg, Testeren over met een fidei-commis de residuo bezwaarde goederen, JBN 2004/2, nr. 10 en P. Blokland & A.H.N. Stollenwerck, De uiterste wil van de bezwaarde en het overschot (I en II), WPNR 2004/6574 en 2004/6575 en A.H.N. Stollenwerck, Over het graf heen: fidei-commis making of tweetrapsmaking, FTV 2007/6, N.V.C.E. Bauduin, De geoorloofdheid van wilsdelegatie nader bezien, WPNR 2011/6907 en haar proefschrift Wilsdelegatie in het erfrecht (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, par. 6.5.3, alsmede R.E. Brinkman, Het fideicommiss in de notariële praktijk (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, par. 1.6.2.

3. Zie noot 20.

Voor de helderheid. Tot het *eigen vermogen* van de bezwaarde behoren:

- a. de fideicommissaire goederen en schulden, waarbij als bijzonderheid geldt dat als daarover niet wordt (of niet kan worden) beschikt bij gift en/of uiterste wil, de voorwaardelijke gerechtigdheid tot de goederen (en de voorwaardelijke schulden) verdwijnt uit zijn eigen vermogen als de voorwaarde (bij leven of overlijden van de bezwaarde) wordt vervuld; en
- b. zijn *overige* goederen en schulden, die (daar ga ik van uit) onvoorwaardelijk tot zijn vermogen behoren en waarover de bezwaarde bij leven of uiterste wil kan beschikken (of die onderdeel uitmaken van de erfopvolging bij versterf).⁴

In de dagelijkse praktijk (en het spraakgebruik) wordt met het ‘eigen vermogen’ van de bezwaarde meestal het onder b bedoelde *overige* eigen vermogen bedoeld, ter onderscheiding van het onder a bedoelde ‘fideicommissaire vermogen’. Ik gebruik die terminologie hierna ook.

Als de insteller bepaalt dat de bezwaarde bij gift of uiterste wil over het fideicommissaire vermogen mag beschikken, komt de vraag op of de bezwaarde enkel de fideicommissaire goederen zelf kan schenken/nalaten, of dat de bezwaarde ook bij gift of legaat een schuld ten laste van het fideicommissaire vermogen kan laten komen. Allereerst is dit uiteraard een kwestie van uitleg van de uiterste wil van de insteller (art. 4:46 BW).⁵ Als niet helder blijkt uit de uiterste wil wat de bedoeling is en een soortgelijke formulering is gebruikt als hierboven bedoeld (dat de bezwaarde ‘bij gift of uiterste wil over het fideicommissaire vermogen mag beschikken’), dan neem ik voorshands aan dat de insteller zal hebben bedoeld dat de bezwaarde ook bij gift of legaat een schuld ten laste van het fideicommissaire vermogen kan laten komen. Ik verwijs hier alvast naar het arrest van de Hoge Raad uit 1936,⁶ dat ik in paragraaf 3 zal behandelen. Hoe er dan overigens precies moet worden beschikt en wat daarvan de gevolgen zijn, komt in paragraaf 3 en 4 aan bod.

Overigens merk ik op dat als de bezwaarde bij gift over een fideicommissair goed wil beschikken, formeel gezien sprake is van de voldoening van een schuld aan de begiftigde. Immers, de bezwaarde zal dan met de bezwaarde overeenkomen dat het goed aan de begiftigde om niet wordt overgedragen. Ter nakoming van de uit die schenking voortvloeiende verplichting/schuld wordt vervolgens het goed geleverd en daarmee overgedragen aan de begiftigde (zie art. 3:84 en 3:89 e.v. BW). In het navolgende zal ik ter vergelijking soms ingaan op een

gift of legaat van het fideicommissaire goed, maar vooral op schulden die niet rechtstreeks zien op de goederen van de nalatenschap van de insteller, welke schulden pas na verloop van tijd (uiterlijk bij het overlijden van de bezwaarde of het eerdere in vervulling gaan van de voorwaarde) ten laste van het fideicommissaire vermogen komen, doordat de opeisbaarheid van de gift is uitgesteld (par. 3) of de schuld door een legaat tot stand komt (par. 4).

In het hiernavolgende ga ik er steeds van uit dat de bezwaarde bevoegd is om bij gift of uiterste wil over het fideicommissaire vermogen te beschikken, tenzij anders wordt vermeld.

3 Schulden die ten laste van het fideicommissaire vermogen komen: de gift

Stel dat de bezwaarde een zogenaamde ‘schenking op papier’ doet (in de zin van art. 7:177 lid 1 BW) en dat in de akte wordt vermeld dat deze schuld ten laste van het fideicommissaire vermogen komt. De bezwaarde erkent met andere woorden een bepaald bedrag schuldig aan de begiftigde en bepaalt dat dit pas opeisbaar is bij zijn overlijden (of zoveel eerder als de fideicommissaire voorwaarde in vervulling gaat⁷). Is dat mogelijk? Ik stof hier een arrest van de Hoge Raad uit 1936 af,⁸ welk arrest mijns inziens, ondanks de kritiek die het in de noot in de NJ en de verdere literatuur heeft ontmoet,⁹ zijn relevantie heeft behouden. In de casus van het arrest is de insteller in gemeenschap van goederen getrouwd. De insteller benoemt haar echtgenoot tot enig bezwaarde. Na het overlijden van de insteller wordt de ontbonden gemeenschap van goederen (hierna: ‘eerste huwelijksgemeenschap’) niet verdeeld. De bezwaarde hertrouwt vervolgens in gemeenschap van goederen met een derde (hierna: ‘tweede huwelijksgemeenschap’).¹⁰ Geoordeeld werd onder meer dat het fideicommissaire vermogen (dat bestond uit de onverdeelde helft van de eerste huwelijksgemeenschap) in de tweede huwelijksgemeenschap viel en daardoor werd gehalveerd. Hoewel daar het nodige over te zeggen valt,¹¹ gaat het mij daar niet om. Als feit stond vast dat het fideicommissaire ver-

4. De praktijk is uiteraard grilliger. Zo kan men denken aan ‘andersoortige vermogens’, zoals wanneer tot het vermogen een recht van vruchtgebruik of juist de hoofdgerechtigdheid behoort, wanneer een aandeel in een personenvennootschap van het vermogen deel uitmaakt en wanneer het vermogen in een gemeenschap van goederen valt.

5. Bij een fideicommissaire gift die de insteller aan de bezwaarde en verwachter doet, geldt op grond van het Haviltex-criterium mutatis mutandis hetzelfde.

6. HR 31 januari 1936, NJ 1937/877 m.nt. Meijers.

7. Gaat de voorwaarde eerder in vervulling dan bij het overlijden van de bezwaarde, terwijl de opeisingsgrond alleen het overlijden van de bezwaarde is, dan zal, als de gift geldig wordt geacht, de schuld weliswaar ten laste van de verwachters komen (die dan onvoorwaardelijk gerechtigd zijn tot het fideicommissaire vermogen), maar voor de begiftigden niet opeisbaar blijven tot aan het overlijden van de bezwaarde.

8. HR 31 januari 1936, NJ 1937/877 m.nt. Meijers. Zie over het arrest ook Brinkman, Het fideicommiss in de notariële praktijk, par. 2.8.1.

9. Welke literatuur door de P-G wordt aangehaald in zijn conclusie bij HR 18 januari 1952, NJ 1952/149.

10. Bij het navolgende moet worden bedacht dat omstrede was hoe de posities van de bezwaarde en de verwachter precies gekenschetst moesten worden en of de verwachter wel een recht had. Vergelijk A.H.N. Stollenwerck, Het fidei-commis de residuo (diss. Nijmegen; Ars Notariatus, nr. XXXIV), Kluwer: Deventer 1986, p. 17 e.v.

11. Zie Brinkman, Het fideicommiss in de notariële praktijk, par. 2.8.1.

mogen bij het overlijden van de bezwaarde een kwart uitmaakte van de ontbonden tweede huwelijksgemeenschap. Waar het mij om gaat, is of de bezwaarde ten laste van het fideicommissaire vermogen een schuld kon laten ontstaan die pas opeisbaar was na het overlijden van de bezwaarde. De bezwaarde was, aldus het testament van de insteller, bevoegd schenkingen te doen aan goede doelen en deed dat. Een van de schenkingen was een schenking aan een goed doel door schuldigerkenning met uitgestelde opeisbaarheid. De erfgenamen van de bezwaarde bestrijden in cassatie het oordeel van het hof dat de schenkingen niet ten laste van het fideicommissaire vermogen komen. De procureur-generaal (hierna: P-G) concludeert tot verwerping van het beroep. De P-G komt tot deze conclusie enerzijds omdat de bezwaarde niet met de schenkingen ‘naar buiten trad’ en/of deze niet tijdig zou hebben geadministreerd in zijn kasboek, en anderzijds – in ieder geval wat betreft de ‘papieren’ schuld – omdat de schuld ‘uit de aard der zaak ook niet tijdens [het leven van de bezwaarde] *reël* uit de nalatenschap is voldaan’ (cursivering RB). Met *reël* wordt hier bedoeld dat een goed (destijds nog: zaak, in het latijn: *res*) krachtens schenking is overgedragen.

De Hoge Raad casseert echter en oordeelt zonder omhaal van woorden:

‘[I]n de omstandigheid, dat deze uit de schenkings-overeenkomst voortvloeiende schuld eerst na het overlijden van de schenking opeischbaar werd, ligt geen grond aan te nemen, dat deze schuld niet, gelijk de andere schulden van de [tweede huwelijksgemeenschap, voor één/vierde ten laste van het fideicommis komt.]’

De Hoge Raad oordeelt met andere woorden dat:

- ‘reële’ schenkingen van bepaalde fideicommissaire goederen mogelijk zijn, waarbij het fideicommissaire goed door de overdracht uit het vermogen van de bezwaarde verdwijnt; en
- schenkingen waarbij een schuld ten laste van het fideicommissaire vermogen wordt gecreëerd, mogelijk zijn.

Ik noem dit hierna de ‘ruime’ visie.

Ik kan mij vinden in het oordeel van de Hoge Raad en ben van mening dat dit ook vandaag de dag toepassing kan vinden. Het is immers wel erg kunstmatig om een onderscheid te maken tussen de mogelijkheid om (alleen) het *bepaalde* fideicommissaire goed te kunnen overdragen (hierna te kenschetsen als de ‘enge’ visie) en de mogelijkheid om – passend in de ruime visie – ook een verplichting ten laste van het fideicommissaire vermogen te creëren die in iets anders bestaat dan in de overdracht van het concrete fideicommissaire goed. Zoals hierboven al gezegd zal de bezwaarde bij iedere bevoordeling van de begiftigde moeten handelen ter uitvoering van een schuld die uit een overeenkomst tussen hem en de begiftigde ontstaat. Of die overeenkomst en

daarmee de verplichting/schuld dan ziet op een fideicommissaire goed of bijvoorbeeld op een geldbedrag, mag niet uitmaken. Omdat giraal geld naar de heersende leer (nog) niet als een zelfstandig rechtsobject wordt beschouwd,¹² zou een geldschenking in de ‘enge’ visie alleen op chartaal geld kunnen zien dat de bezwaarde op dat moment ‘in handen’ heeft. In de ruime visie dient de bezwaarde de schuld eenvoudigweg ten laste van het fideicommissaire vermogen te voldoen en kan hij ter uitvoering daarvan het verschuldigde bedrag op een rekening van de begiftigde doen bijschrijven ten laste van een fideicommissaire bankrekening (art. 6:114 BW).

Stel dat de schenking herroepelijk is gemaakt (art. 7:177 lid 2 BW). Staat dat dan nog in de weg aan de mogelijkheid om de schuld ten laste van het fideicommissaire vermogen te brengen? Dat zou bijvoorbeeld van belang zijn als de bezwaarde wel bij gift, maar niet bij uiterste wilsbeschikking zou mogen beschikken over het fideicommissaire vermogen. Hoewel een herroepelijke ‘schenking op papier’ veel weg heeft van een uiterste wilsbeschikking,¹³ is dit vermogensrechtelijk toch heel wat anders: reeds bij leven verarmt het vermogen van de bezwaarde en niet pas bij overlijden. De herroepelijkheid op zich is daarom mijns inziens geen belemmering voor de mogelijkheid om deze schuld ten laste van het fideicommissaire vermogen te laten komen.¹⁴

De vraag rijst nog wel *hoe* deze schuld, die door de bezwaarde wordt aangegaan, bij de vervulling van de voorwaarde overgaat op de verwachter. Bij een letterlijk-

12. Zie B. Bierens, *Revindicatoire aanspraken op giraal geld* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2009.

13. En, zoals bekend, soms zelfs gelijkgesteld wordt met een legaat qua rechtsgevolgen (art. 4:126 lid 1 BW) of met een uiterste wilsbeschikking in het algemeen wat de vorm betreft (art. 1:88 lid 4 en 7:177 lid 1 BW).

14. Iets anders is dat ‘schijnhandelingen’, waarbij alle macht in feite bij de bezwaarde blijft liggen en de overeenkomst nagenoeg geen gevolgen heeft voor de schenker en begiftigde (bijvoorbeeld een eenzijdig herroepelijke schuldigerkenning, waarbij de ontstane vordering pas na overlijden van de bezwaarde opeisbaar is en tot die tijd geen rente draagt), mogelijk in strijd kunnen komen met de zorgvuldigheid die de bezwaarde jegens de verwachter in acht heeft te nemen (art. 3:207 lid 3 BW). (Overigens dient men in de geschetste casus de fiscale gevolgen, bijvoorbeeld voor box 3 van de inkomstenbelasting, en de juridische gevolgen, bijvoorbeeld in faillissement, niet te veronachtzamen.) Onder het oude recht ging de Hoge Raad er nog van uit dat als de bezwaarde mocht schenken, dit niet door de goede trouw beperkt werd, aldus ook HR 18 januari 1952, NJ 1952/149. De invoering van art. 4:138 lid 2 jo. art. 3:207 lid 3 BW heeft hier een einde aan gemaakt. Ook de onbeperkte schenkingsmogelijkheid van art. 4:1036 oud BW is onder het nieuwe recht getransformeerd naar een beperkte schenkingsmogelijkheid (art. 3:215 lid 3 BW: ‘gebruikelijke kleine geschenken’), waarmee het fideicommis de residuo vergelijkbare gevolgen heeft als een vruchtgebruik met verteringsbevoegdheid. Ik merk op dat op fideicommissen die onder het BW van vóór 2003 zijn ingesteld, maar in of na 2003 effect sorteren, en op fideicommissen die onder het BW van vóór 2003 zijn ingesteld en vóór 2003 effect hebben gesorteerd, maar waarvan de fideicommissaire voorwaarde nog niet in vervulling is gegaan, art. 4:138 BW direct van toepassing is (art. 132 Ow). Dat betekent dat de zorgplicht van art. 3:207 lid 3 BW ook van (overeenkomstige) toepassing is op oude fideicommissen, tenzij de insteller daarvan is afgeweken. Bij een fideicommis de residuo blijft de bezwaarde bevoegd tot vervreemding en vertering en is door de verwijzing in art. 132 Ow naar art. 4:1036 oud BW duidelijk dat de verteringsbevoegdheid in dat geval de bevoegdheid inhoudt de goederen te schenken, tenzij dit geheel of gedeeltelijk is verboden.

ke lezing van artikel 4:182 lid 2 BW valt immers op dat deze schuld nog niet bestond ten tijde van het overlijden van de insteller. Mijns inziens dient echter aangenomen te worden dat artikel 4:182 lid 2 BW voor de erfgenaam onder opschortende voorwaarde zo gelezen moet worden dat de verwachter van rechtswege schuldenaar wordt van de schulden die tot het ‘voorwaardelijke vermogen’¹⁵ behoren en die niet met de vervulling van de voorwaarde tenietgaan.¹⁶

Tot slot van deze paragraaf bespreek ik nog een variant op de schenking met uitgestelde opeisbaarheid. Stel namelijk dat de bezwaarde een fideicommissair goed schenkt aan de begiftigde, waarbij de bezwaarde zich het vruchtgebruik van het goed voorbehoudt. Ook deze situatie is onderwerp geweest van een strijd die tot aan de Hoge Raad is gekomen, die in 1952 uitspraak deed.¹⁷ In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat de bezwaarde die de bevoegdheid had om te schenken, ook mocht schenken onder voorbehoud van het vruchtgebruik. De Hoge Raad oordeelde dat uit de fideicommissaire bepalingen anders kan voortvloeien, maar dat bij gebreke van bepalingen dienaangaande de schenking onder voorbehoud van het vruchtgebruik is toegestaan.¹⁸

4 Schulden die ten laste van het fideicommissaire vermogen komen: het legaat

In mijn proefschrift schreef ik over een casus waarin de bezwaarde bij uiterste wil mag beschikken over het fideicommissaire huis en de bezwaarde daar middels een legaat ten behoeve van een legataris gebruik van wil maken, met de bedoeling dat het goed daarmee niet aan de verwachter toe zou komen.¹⁹ Bij de vraag op wie het legaat kwam te rusten, besprak ik twee opties:

1. Het fideicommissaire vermogen gaat over op de verwachter. Het huis komt dus niet van rechtswege bij de legataris terecht. Men leze artikel 4:117 lid 2 BW daarom zo dat het legaat (rechtstreeks) ten laste van de verwachter komt.
2. Door het maken van het legaat ontdoet de bezwaarde het huis van zijn voorwaarde, waardoor het huis

toekomt aan de erfgenaam van de bezwaarde, die vervolgens het huis levert aan de legataris. Het legaat rust in dat geval op de erfgenaam van de bezwaarde.

Hoewel ik, mede met het oog op het legaat van een beperkt recht, in mijn proefschrift koos voor de eerste optie,²⁰ kies ik bij nader inzien bij het legaat van een *bepaald* tot het fideicommissaire vermogen behorend *goed* toch voor de ‘tweede optie’, waarbij het legaat het betreffende fideicommissaire goed als het ware verlost van de fideicommissaire voorwaarde, omdat de tweede optie in dat geval – indachtig Ockhams scheermes – toch de eenvoudigste route is.

De vraag rijst of een dergelijke redenering ook geldt als de bezwaarde een legaat van een geldbedrag (dus niet zijnde een bepaald goed dat tot de nalatenschap van de insteller behoorde) ten laste van het fideicommissaire vermogen (en dus ten laste van de verwachter) wil laten komen. Ik zie ook hier weer twee opties:

- a. Het legaat rust op de erfgenaam van de bezwaarde, maar creëert tegelijkertijd de verplichting van de verwachter om het geldbedrag aan de erfgenaam van de bezwaarde te vergoeden, die dit vervolgens dient te betalen aan de legataris, waarmee het legaat in feite ten laste van de verwachter (die het fideicommissaire vermogen verkrijgt) komt.²¹
- b. Het legaat ontdoet het fideicommissaire vermogen voor een zodanig (evenredig?) gedeelte van zijn voorwaarde als overeenkomend met de waarde van het legaat.

Ik kies hier voor de eenvoudigste weg, dus de eerste optie. Een fundamentele vraag rijst echter: is dit een uiterste wilsbeschikking die in Boek 4 BW is geregeld of in de wet als zodanig wordt aangemerkt (art. 4:42 BW)? Hoewel ik er in mijn proefschrift nog van uitging dat de kwestie bij een erfstelling, zoals ook het geval was in het Boerenplaatsje-arrest,²² eenvoudiger lag, is dat bij nader inzien niet zo. Immers, de Hoge Raad aanvaardde in het Boerenplaatsje-arrest ook de *aan de erfstelling toegevoegde bepaling*, dat met de erfstelling ook over het boerenplaatsje werd beschikt, in die zin dat het boerenplaatsje onder de nalatenschap van de bezwaarde (en dus niet van de insteller) was begrepen.²³ Hoewel de wet de erf-

15. Hetgeen in geval van het fideicommis het fideicommissaire vermogen wordt genoemd.

16. Vergelijk de iets andere formulering in Brinkman, Het fideicommis in de notariële praktijk, par. 1.4.4 en in bevestigende zin ook Asser/Perrick 4 2017/202a.

17. HR 18 januari 1952, NJ 1952/149.

18. Ook hier kan de vraag gesteld worden of het een fideicommissair goed moet betreffen, of dat er ook sprake mag zijn van een (herroepelijke) schulderkenning van een geldbedrag onder voorbehoud van het vruchtgebruik. Dit roept mijns inziens wederom de vraag op of sprake is van een schijnhandeling, zie noot 33. Zoals in noot 33 al werd opgemerkt, ging de Hoge Raad er onder oud recht van uit dat de schenking ook geen misbruik van recht of strijd met de goede trouw kon opleveren, hetgeen onder nieuw recht (op grond van art. 3:207 lid 3 BW) zoals gezegd anders kan zijn.

19. Zie Brinkman, Het fideicommis in de notariële praktijk, par. 1.6.2.3.

20. Die ik in geval van een legaat van een beperkt recht overigens nog steeds zou prefereren. Het – ook denkbare en in de lijn van het geldlegaat liggende – alternatief is dat de verwachter een beperkt recht vestigt ten behoeve van de erfgenamen van de bezwaarde, die dit beperkte recht vervolgens ter uitvoering van het legaat leveren aan de legataris.

21. Vergelijk art. 4:87 lid 4 BW in het geval van de inkorting van een legaat.

22. Zie HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8282, NJ 2004/487 m.nt. Kleijn.

23. De betreffende tekst van het testament van de bezwaarde in het Boerenplaatsje-arrest luidde als volgt: ‘Ik benoem tot mijn enige erfgename mijner nalatenschap mijn tweede echtgenote, [...], waarbij ik bepaal dat in deze nalatenschap mede is begrepen het recht dat mij is verleend door mijn eerste echtgenote, [...] (...) bij haar testament, achtthien augustus negentienhonderd zestig verleden (...) waarbij zij over haar nalatenschap een fidei-commis de residuo instelde, doch mij de bevoegdheid gaf om over het onroerend goed (...) vrijelijk te

stelling in artikel 4:115 BW omschrijft als ‘een uiterste wilsbeschikking, krachtens welke de erflater aan een of meer daarbij aangewezen personen zijn gehele nalatenschap of een aandeel daarin nalaat’ en daarbij niet rept van de mogelijkheid om vermogensbestanddelen aan te wijzen die wel of niet tot de nalatenschap behoren, dient de bepaling van de bezwaarde dus toch als een geldige uiterste wilsbeschikking te worden aangemerkt. Zo nauw kijkt de Hoge Raad dus niet naar de tekst van de wet.²⁴ Waar twee soorten vermogens op het kruispunt van het overlijden van de bezwaarde ‘samenvallen’, kan ik mij daar wel in vinden.

Samengevat kan mijns inziens gesteld worden dat de bezwaarde van de insteller de bevoegdheid kan krijgen om ‘bij uiterste wilsbeschikking’ het navolgende te bepalen:

- a. in geval van een erfstelling of legaat van een bepaald goed: dat het betreffende fideicommissaire goed tot zijn nalatenschap zal behoren (en dus van de voorwaarde is ontdaan);
- b. in geval van een legaat dat niet ziet op een bepaald goed: dat de verwachter alsnog met een schuld wordt belast, die – al dan niet via de erfgenamen van de bezwaarde of rechtstreeks – aan de legataris wordt voldaan.

5 Conclusie

Ik maak de balans op. Het fideicommis is een rechtsfiguur die vragen op blijft roepen en (mij) blijft boeien. In het bovenstaande heb ik getracht een relevant probleem te bespreken: kan de bezwaarde bij gift of uiterste wil het fideicommissaire vermogen met schulden belasten? Ik ben in het bovenstaande uitgegaan van een zodanige uitleg van het testament van de insteller dat de bezwaarde hiertoe de bevoegdheid heeft als in algemene bewoordingen is vermeld dat de bezwaarde bij gift of uiterste wil *over het fideicommissaire vermogen mag beschikken*. Als men vervolgens met een soepel juridisch gemoed omgaat met de technische vragen die bij de uitvoering daarvan spelen (met name de vraag of een dergelijk legaat past in het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen), kan de hoofdvraag voorzichtig bevestigend worden beantwoord.

beschikken, weshalve gemeld vast goed eveneens onder mijn nalatenschap is begrepen’ (cursivering RB).

24. Vergelijk Brinkman, Boerenplaatsje revisited: de openheid van ons recht.